

RECHTSPRAAK

# Ondernemingsraad Martinair Holland N.V./Martinair Holland N.V. en KLM

***KLM/Martinair-zaak. Beroep op mede-ondernemerschap te laat gesteld mede in het licht van de nauwe verwantschap en bewuste keuze van het gescheiden medezeggenschapstraject. Martinair heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt wat de personele gevolgen van het besluit zijn. Geen voorzieningen.***

Sinds 31 december 2008 is Martinair een 100% dochtervennootschap van KLM en als zodanig onderdeel van Air France-KLM groep (hierna AFKL). Op 9 maart 2012 zijn Martinair en KLM voor onbepaalde tijd een ACMI-overeenkomst aangegaan op cost plus basis. Deze overeenkomst houdt in dat KLM naar een jaarlijks vooraf vast te stellen tarief een jaarlijks vooraf vast te stellen aantal blokken van Martinair afneemt, ter vergoeding van de kosten die Martinair maakt voor haar vliegtuigen, piloten, onderhoud en verzekering en dat KLM daarnaast de brandstofkosten en overige vluchtgerelateerde kosten vergoedt, de laatste met een opslag van 3%. Een en ander had mede tot doel, en heeft ook geleid tot, verbetering van het resultaat en de cash flow van Martinair. Het geconsolideerde resultaat van KLM Cargo ter zake van de full freighter activiteiten is evenwel (sterk) negatief gebleven. Door AFKL zijn opties onderzocht om tot een oplossing te komen voor de verlieslatende vrachtafzet. Daarbij is onder meer verkoop van (de aandelen in) Martinair aan de orde geweest. Dit is gezien de marktsituatie niet uitvoerbaar gebleken. Binnen KLM zijn verdere opties onderzocht, waarbij de voorkeur van KLM (uiteindelijk) is uitgegaan naar het zogenoemde 'Cargo Plan B' inhoudende een reductie van haar aanbod van full freighter capaciteit tot drie 'vlootlijnen', dat wil zeggen drie vliegtuigen. Dit scenario zou voor Martinair meebrengen dat zij haar vloot zou moeten reduceren en haar organisatie zou moeten aanpassen. De OR van KLM heeft op 16 februari 2015 ingestemd met het voorgenomen besluit de full freighter capaciteit die KLM in de markt aanbiedt, in 2015 en 2016 terug te brengen tot het equivalent van drie vlootlijnen. De OR van Martinair heeft uiteindelijk negatief geadviseerd en alternatieven voorgesteld. Op 16 maart 2015 heeft Martinair het besluit toch genomen. De ondernemingsraad keert zich blijkens zijn verzoekschrift tegen een 'bovenliggend besluit', door hem gedefinieerd als het besluit van KLM om het aantal door haar in het kader van de ACMI-overeenkomst van Martinair af te nemen uren te verminderen, en tegen een 'onderliggend besluit', te weten het besluit van Martinair (en volgens de ondernemingsraad tevens van KLM) tot inkrimping van haar vloot. De ondernemingsraad heeft aan zijn

verzoeken, voor zover deze zich richten tegen KLM, ten grondslag gelegd, samengevat weergegeven, dat KLM ten opzichte van Martinair, gezien hun bestuurlijke en organisatorische verwevenheid, een dusdanige positie inneemt dat zij stelselmatig invloed uitoefent op de onderneming van Martinair en dat het 'bovenliggende besluit' rechtstreeks ingrijpt in de onderneming van Martinair, zodat KLM ten aanzien van dit besluit moet worden aangemerkt als mede-ondernemer in de onderneming van Martinair en zij de ondernemingsraad advies had moeten vragen over dit besluit. Reeds het feit dat KLM dit niet heeft gedaan, maakt het 'bovenliggende besluit' kennelijk onredelijk. Ook ter zake van het 'onderliggende besluit' handelt KLM als mede-ondernemer. Zij heeft dit besluit mede genomen en nu zij daarover geen advies heeft gevraagd aan de ondernemingsraad, is ook dit besluit kennelijk onredelijk, aldus de ondernemingsraad.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van KLM faalt, daar de termijn van een maand na het genomen besluit zou zijn verstreken. De OR Martinair is niet schriftelijk in kennis gesteld van het besluit van KLM. De Ondernemingskamer volgt evenwel KLM in haar verweer dat het de ondernemingsraad in redelijkheid niet vrijstond zich voor het eerst in zijn verzoekschrift op het standpunt te stellen dat KLM ter zake van de in geschil zijnde besluiten als mede-ondernemer in de onderneming van Martinair is aan te merken, nu hij zich in zijn advies noch in het daaraan voorafgegane adviestraject op een dergelijk standpunt heeft gesteld, en KLM bij haar besluitvorming derhalve met een dergelijk standpunt geen rekening heeft kunnen houden. Uit de vastgestelde feiten volgt dat de ondernemingsraad op de hoogte was van het voorgenomen besluit van KLM en de adviesaanvraag daarover aan dier eigen ondernemingsraad, en dat hij zich bewust was van het nauwe verband tussen dat besluit van KLM en het besluit van Martinair waarover aan hemzelf advies was gevraagd. Niet is gebleken dat de ondernemingsraad heeft verzocht over het voorgenomen besluit van KLM te mogen adviseren of dat hij over dat besluit enige uitlating jegens KLM heeft gedaan. Ook overigens is niet gebleken van enig handelen of nalaten van de ondernemingsraad waaruit KLM heeft kunnen begrijpen dat de ondernemingsraad zich op het standpunt zou (kunnen gaan) stellen dat KLM ter zake van de in geschil zijnde besluiten als mede-ondernemer in de onderneming van Martinair zou zijn aan te merken. Gedurende het adviestraject en in zijn advies heeft de ondernemingsraad geen bedenkingen geuit tegen toepassing in het onderhavige geval van de binnen KLM en Martinair gebruikelijke medezeggenschapspraktijk. Het gaat dan ook niet aan dat de ondernemingsraad thans in zijn tegen KLM gerichte verzoeken de besluiten aanvecht op basis van een standpunt waarmee KLM geen rekening heeft kunnen houden bij (de motivering van) het 'bovenliggende besluit'. Nog te minder kan KLM redelijkerwijs een verwijt ervan worden gemaakt dat zij – onkundig van dat standpunt – het 'onderliggende besluit' niet mede heeft genomen en niet mede ter advisering aan de ondernemingsraad heeft voorgelegd.

De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat het besluit geen inzicht geeft in de wijze waarop Martinair denkt om te gaan met de financiële gevolgen die aan de implementatie van het besluit zijn verbonden. Ten tijde van het besluit was immers duidelijk geworden – aldus de ondernemingsraad – dat als gevolg van gewijzigde omstandigheden deze

vliegers niet meer – zoals aanvankelijk beoogd en in de adviesaanvraag tot uitdrukking gebracht – bij KLM in dienst zouden kunnen treden. Voor de hiermee gemoeide kostenpost van € 51 miljoen is in de financiële onderbouwing van het besluit geen rekening gehouden en daarover gemaakte opmerkingen van de ondernemingsraad zijn door de bestuurder niet adequaat beantwoord. Ingevolge artikel 25 lid 3 van de Wet op de ondernemingsraden dient de ondernemer bij het vragen van advies – onder meer – een overzicht te verstrekken van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer heeft Martinair niet op consistente wijze aan dit vereiste voldaan, nu in, althans ten tijde van de adviesaanvraag als verwachting is uitgesproken dat overtollig personeel binnen de Air France-KLM groep herplaatst zou kunnen worden, terwijl lopende het adviestraject steeds meer afstand van die verwachting is genomen en in het besluit zelfs ervan is uitgegaan dat gedwongen ontslagen onvermijdelijk zouden zijn. Terecht voert de ondernemingsraad aan dat Martinair in het besluit niet inzichtelijk heeft gemaakt hoe zij de hiermee samenhangende kostenpost zou (kunnen) opvangen. Aldus heeft zij onvoldoende blijk ervan gegeven zich de belangen van de in haar onderneming werkzame personen aan te trekken en heeft zij in zoverre het besluit onvoldoende zorgvuldig voorbereid en gemotiveerd. De Ondernemingskamer acht op grond van deze (voorwaardelijke) toezegging, zoals deze ter zitting – ook cijfermatig – is toegelicht, voldoende aannemelijk dat Martinair in 2015 en 2016 voldoende liquide middelen voorhanden zal hebben om de aan vliegers toekomende ontslagvergoedingen te betalen. Hiervan uitgaande, en anderzijds in aanmerking nemende de nijpende financiële situatie waarin Martinair verkeert, is de Ondernemingskamer van oordeel dat het belang van Martinair bij een snelle implementatie van het besluit zwaarder weegt dan het belang van de ondernemingsraad (en de vliegers) bij toewijzing van de verzochte (voorlopige) voorzieningen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 04-08-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2015:3216

**Zaaknummer:** 200.168.055/01 OK

**Rechters:** G.C. Makkink, A.C. Faber, F. van der Wel, B.M. Prins en J. den Boer

**Advocaten:** P.Th. Sick, E. Knipschild en P.G. Vestering

**Wetsartikelen:** 25 WOR